

# **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INCUMPLIMIENTO DE LAS CONVENCIONES SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.**

## **A propósito de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.**

**Mariana Herz\***

Sumario. I. PROPÓSITO. II. EL PROBLEMA: LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. PRINCIPALES CAUSAS Y CONSECUENCIAS. III. LAS RESPUESTAS DESDE EL ESTADO. IV. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS ASUMIDAS POR LOS ESTADOS EN LOS TRATADOS SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS. V. INSUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS Y REPARADORAS ATRIBUIBLE AL ESTADO. VI. CONCLUSIÓN.

### **I. PROPÓSITO**

El presente trabajo no intenta describir el funcionamiento de los diversos instrumentos legales vigentes para prevenir y reparar la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes. La bibliografía existente es abundante.

Su propósito es echar luz sobre la relación entre dichos instrumentos y aquellos otros referidos a los derechos humanos genéricamente, para mostrar cómo la violación de los primeros puede implicar la violación de los segundos, haciendo surgir la responsabilidad estatal y consecuentemente el deber de reparar.

Su meta, concienciar a los funcionarios responsables de la tramitación de las solicitudes de restitución internacional, de la importancia de adecuar las actuaciones judiciales y administrativas a los requerimientos de los tratados; y a los legisladores de la necesidad de implementar las modificaciones normativas que aseguren que el

---

\* Magister en Derecho Comunitario por la Universidad Complutense de Madrid. Docente de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional del Litoral (UNL) Universidad Católica Argentina. Directora del curso de Extensión “Medidas preventivas y reparatoras de la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes” (CEMED-UNL), codirectora del curso de posgrado “Derecho de Infancia y adolescencia. Sobre saberes y prácticas. La ley 26.061 y los tratados internacionales” (FCJS-UNL) y codirectora del proyecto 026-255 CAI+D 2005 “Protección Internacional de Menores frente al Traslado y Retención Parental Indebidos” financiado por la UNL. Para cualquier comentario o sugerencia: [marianaherz@gigared.com](mailto:marianaherz@gigared.com)

ordenamiento procesal y sustantivo es consonante con los compromisos internacionales libremente asumidos por el Estado.

## **II. EL PROBLEMA: LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. PRINCIPALES CAUSAS Y CONSECUENCIAS**

La sustracción parental de niños constituye un flagelo que no aparece en el presente siglo, pero se agudiza en él.<sup>1</sup>

La doctrina ha intentado enumerar las causas más frecuentes identificando entre otras: la evolución de la institución familiar que se traduce en el aumento de los matrimonios mixtos, la simplificación de los trámites de separación y divorcio y el mayor protagonismo de la mujer en la sociedad; los avances tecnológicos y de los medios de transporte; las necesidades económicas de los países en vías de desarrollo que originan fuertes corrientes migratorias; la reducción de trámites para el paso fronterizo<sup>2</sup>; indisponibilidad de medidas cautelares para impedir la salida del niño o niña del territorio del Estado de su residencia habitual, y el nacionalismo judicial proyectado en la tendencia de los jueces nacionales a atribuir la custodia de los niños al progenitor que ostenta la nacionalidad del Estado al que el Tribunal sirve.<sup>3</sup>

Pero, si la identificación de las causas puede servir para una mejor comprensión del fenómeno, es el impacto negativo sobre el niño o niña y su familia lo que moviliza la adopción de respuestas jurídicas desde el Estado. Las secuelas producto del desapego al entorno familiar y de los afectos que están presentes en supuestos de sustracción doméstica, se agudizan cuando la sustracción implica el desplazamiento a través de las fronteras nacionales, puesto que a lo anterior habrá de sumarse también el desarraigo cultural y en muchos casos lingüístico.

Los estudios de campo que se han centrado en las consecuencias de la sustracción sobre todos los actores involucrados, pero específicamente sobre el niño-víctima, coinciden en que los efectos no solo son perturbadores del normal desarrollo de la personalidad, sino de larga duración, ya que tienden a prolongarse sobre su vida adulta.

---

<sup>1</sup> Es una nota común en la doctrina la referencia al sobrino de Beethoven como antecedente. Entre otros puede verse MIRALLES SANGRO, P.P. "El secuestro Internacional de Menores y su incidencia en España. Especial Consideración del Convenio de La Haya de 1980" Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1989, p. 3-4

<sup>2</sup> PIAS GARCIA, E. "Funcionamiento de la Autoridad Central Española en la aplicación de los convenios relativos a la sustracción internacional de menores" en GARCIA CANO, S y ADAM MUÑOZ, M.D. (coord.), "Sustracción Internacional de Menores y Adopción Internacional", Madrid, Colex, 2004, p. 73

<sup>3</sup> ADAM MUÑOZ, M.D. "Regulación Autónoma del Procedimiento Relativo a la Devolución de Menores Traslados Ilícitamente" en GARCIA CANO, S y ADAM MUÑOZ, M.D. (coord.), "Sustracción Internacional de Menores y Adopción Internacional", Madrid, Colex, 2004, p.52

Particularmente se han detectado síntomas de stress, ansiedad, pérdida de confianza en sus padres y en el sistema legal, baja autoestima, depresión, dificultades para involucrarse en relaciones personales, problemas de aprendizaje y de conducta, perturbaciones del sueño y pesadillas, temor a los hombres cuando el sustractor ha sido el padre, hostilidad hacia la nacionalidad y hacia las cosas asociadas con el sustractor, inseguridad general y la necesidad de ser aceptado y ser el centro de la atención.<sup>4</sup> En muchos casos se ha vinculado con adicciones a alcohol y drogas, violencia y comportamientos agresivos.

### **III. LAS RESPUESTAS DESDE EL ESTADO**

Los Estados se han ocupado de esta problemática y han diseñado una pluralidad de instrumentos tendientes a prevenir y reparar las sustracciones internacionales de niños, niñas y adolescentes por parte de sus padres. De entre esos instrumentos, los tratados ocupan un papel central, en tanto permiten el establecimiento de vínculos de cooperación interestatales imprescindibles cuando el caso aparece conectado con una pluralidad de sistemas normativos.

Si bien la norma suprema y eje del sistema de protección de niños, lo constituye la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño<sup>5</sup> (CDN) dada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, existe un entramado de normas contenidas en otros tratados generales de derechos humanos con incidencia en la materia ya que protegen a la familia en general y a los niños en particular.

Así, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), de 4 de noviembre de 1950 recepta, en su art. 8, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, libre de toda injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho salvo que tal injerencia "...esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.", en una línea similar a la adoptada anteriormente por la Declaración Universal De Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948<sup>6</sup> (art. 12)<sup>7</sup> y la Declaración Americana De Los Derechos Y Deberes Del Hombre<sup>8</sup> del mismo año (art. VI).

---

<sup>4</sup> Vid. FREEMAN, M. "International Child Abduction: the effects" Reunite Research Unit, may 2006, asequible en [www.reunite.org](http://www.reunite.org) Este informe fue traducido para ser incorporado al curso a distancia sobre Protección Internacional de la Infancia, dictado por quien escribe estas líneas, entre el 3/9 y el 7/12 de 2007 en el Centro Multimedial de Educación a Distancia de la Universidad Nacional del Litoral.

<sup>5</sup> Ley 23.849, sancionada el 27.09.1990 y ratificada el 04.12.1990.

<sup>6</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 217 A (III)

<sup>7</sup> El art. 12 dice que "*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia...*" Esta protección a la familia como "...*elemento natural y fundamental de la sociedad...*" se reitera en el art. 16.3

<sup>8</sup> Aprobada en la 9ª Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30 de marzo al 2 de mayo de 1948 – Res. XXX.

Ese mismo derecho vuelve a consagrarse en el Pacto Internacional De Derechos Civiles Y Políticos<sup>9</sup> que, en su art. 17, dispone que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia...” y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

La familia aparece especialmente protegida en el art. 23 y el derecho del niño a ser protegido por su calidad de “menor” frente a la sociedad, el Estado y su propia familia, está especialmente consagrado en el art. 24.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos<sup>10</sup>, por su parte, reconoce el derecho a la protección familiar en el art. 17.1<sup>11</sup> y el derecho del niño a una protección especial por su calidad de tal en el art. 19<sup>12</sup>

Específicamente, con el propósito de prevenir las sustracciones internacionales de niños, la CDN impone a los Estados Parte el deber de “adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero” (art.11.1) previendo la concertación de acuerdos bilaterales y multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes al tiempo de su ratificación.

La referencia a acuerdos ya existentes tiene especial sentido tomando en consideración que el principal instrumento internacional vigente<sup>13</sup>, la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CLH80), data de 1980<sup>14</sup>, siendo por ende anterior.

Con posterioridad se generaron diversos instrumentos, siendo especialmente importante por su ámbito de gestación y el impacto sobre el MERCOSUR<sup>15</sup>, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989 (CIDIP IV)<sup>16</sup>, sin desconocer el importante papel desempeñado por los convenios bilaterales celebrados por Uruguay con Estados de la región, entre ellos, Argentina<sup>17</sup>, los que junto con la CLH80 fueron su fuente inspiradora.

---

<sup>9</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

<sup>10</sup> Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos

<sup>11</sup> El art. 17.1 dice: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*”

<sup>12</sup> E art. 19 dice: “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.*”

<sup>13</sup> Es el principal en tanto al 31.08.2006 ha sido ratificado por 76 países.

<sup>14</sup> Ley 23.857, sancionada el 27.09.1990 y en vigor desde el 01.06.1991.

<sup>15</sup> HERZ, M. “Medidas Preventivas Y Reparadoras De La Sustracción Internacional De Menores En Espacios Integrados, E.D. 217-656

<sup>16</sup> Aprobada por Ley 25.358 del 01.11.2000, ratificada el 11.01.2001 y depositado el instrumento de ratificación el 15.02.2001

<sup>17</sup> Convenio sobre Protección internacional de menores, aprobado por Argentina por ley 22.546.

En el ámbito europeo se destaca el Reglamento CE 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003<sup>18</sup>.

#### **IV. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS ASUMIDAS POR LOS ESTADOS EN LOS TRATADOS SOBRE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS**

Los tratados específicos sobre restitución de niños imponen deberes a los Estados Parte.

Esos deberes deben interpretarse a la luz de los principios subyacentes al tratado. Esos principios son explícitos en la CLH80, que cuenta con un preámbulo del que es dable extraer los siguientes: el interés del niño, su protección internacional frente al traslado y retención indebidos, la protección de los derechos de custodia y visitas y la celeridad en la restitución. Este último principio es muy importante en tanto permite alcanzar a los demás ya que el interés del niño se ha identificado con la permanencia en el Estado de su residencia habitual mientras no se resuelva por medios jurídicamente reconocidos lo contrario y porque el transcurso del tiempo agrava el daño, al implicar la restitución un nuevo desarraigo.

Pese a que la CIDIP IV no cuenta con un preámbulo, los principios que la inspiran son los mismos como puede desprenderse de un recorrido por su texto<sup>19</sup> y por sus antecedentes.<sup>20</sup>

Tanto la CIDIP IV como el CLH80 admiten que los pedidos de restitución tramiten mediante Autoridad Central o se interpongan directamente por el interesado ante las autoridades judiciales o administrativas.<sup>21</sup>

Cualquiera sea la vía elegida, el Estado debe actuar con urgencia y adoptar las medidas de protección. El que no intervenga la Autoridad Central no lo desobliga.

En particular debe:

---

<sup>18</sup> DOCE L 338/1. Muy someramente se ha hecho una referencia a este Reglamento en HERZ, Mariana “Medidas Preventivas Y Reparadoras De La Sustracción Internacional De Menores En Espacios Integrados” ED 217-656. Más ampliamente tratado, entre otros, en el excelente relato de la Dra. María Susana Najurieta presentado en las VI Jornadas de Derecho Internacional de AADI, dedicadas al Prof. Dr. Alberto J. Pardo, Mendoza 2006 y que puede descargarse desde el sitio web de AADI en [www.aadi.org.ar](http://www.aadi.org.ar)

<sup>19</sup> Puede verse el estudio comparativo realizado por FELSTEIN DE CARDENAS, S. y SCOTTI, L. “La restitución internacional de menores en el Mercosur”, publicada en El Dial de 29.09.2006

<sup>20</sup> Vid. entre otros ALVAREZ COZZI, C. “Restitución Internacional de Menores. Relato, antecedentes y anteproyecto de Convención Interamericana con vistas a la CIDIP IV de Montevideo de 1989” IIN, Unidad de Estudios Jurídicos y Sociales, Montevideo, 1988; HERBERT, R. “Perspectivas de la IV Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado. Su temática de Menores” IIN, Unidad de Estudios Jurídicos y Sociales, Montevideo, 1988

<sup>21</sup> Art. 29 CLH80 y art. 8 y 10 CIDIP IV

- Actuar con urgencia en todas las etapas del proceso restitutorio (art. 11 CLH80; 12 y 13 CIDIP IV)
- Dispensar un trato igualitario en el acceso a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico (art. 25 CLH80).
- Abstenerse de imponer fianzas o depósitos para garantizar las costas del proceso (incluida la comúnmente conocida excepción de arraigo) (art.22 CLH80 y art.23 CIDIP IV)
- Abstenerse de entrar a conocer sobre los derechos de custodia y visitas que, para los convenios, son competencia de los tribunales del Estado de residencia habitual del niño (art. 16 CLH80 y CIDIP IV).<sup>22</sup>

Cuando hay intervención de la Autoridad Central, el Estado se obliga además a adoptar todas las medidas apropiadas para:

- Localizar a los niños, niñas o adolescentes trasladados o retenidos de manera ilícita;
- Prevenir daños a todas las partes interesadas, incluyendo por supuesto, al niño, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- Abrir una instancia que favorezca una solución amigable para obtener la restitución.
- Cooperar con autoridades extranjeras en el intercambio de información jurídica y fáctica
- Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución y, en su caso, permitir que se organice o se ejerza de manera efectiva el derecho de visitas;
- Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
- Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado.

## **V. INSUFICIENCIA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS Y REPARADORAS ATRIBUIBLE AL ESTADO**

Los convenios específicos sobre restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, no contienen normas que reglamentan el modo de resolver controversias entre ellos, sea que las mismas surjan por divergencias en la interpretación o aplicación de sus disposiciones.

Si bien es loable la labor que desarrollan la Conferencia Internacional de La Haya y el Instituto Interamericano del Niño para facilitar una interpretación y aplicación armónica de los convenios, los productos de sus iniciativas no tienen carácter

---

<sup>22</sup> Únicamente se admite que el Estado decida sobre estas cuestiones cuando se ha negado a la restitución, fundado en alguna de las causales de excepción, o cuando ha transcurrido un período de tiempo *razonable* sin que se haya presentado una solicitud de restitución.

obligatorio. Se trata de importantes usinas de soft law que van moldeando progresivamente la mirada de los operadores jurídicos sin poder imponerse cuando la autoridad nacional se aparta de ellas.

Las soluciones del derecho internacional clásico son insatisfactorias. La legitimación activa que se les ha acordado a los particulares en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales puede jugar un papel preeminente en la prevención de las sustracciones internacionales de niños.

Es en este contexto, en el que parece que las decisiones recientes de los tribunales internacionales de Derechos Humanos pueden servir para fortalecer los mecanismos restitutorios.

### **1. Los precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)**

En estos últimos años, se han presentado ante la Corte Europea de Derechos Humanos varias reclamaciones contra Estados, por supuestas violaciones de las obligaciones asumidas al ratificar la CLH80, que generarían a su vez, violaciones al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Si bien Argentina no es parte de dicho tratado, ha incorporado a través del art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional varios instrumentos de Derechos Humanos que receptan y protegen al niño, niña y adolescente, su familia y el derecho al contacto de los padres con sus hijos, salvo circunstancias excepcionales. Si bien es verdad que las sentencias dictadas por la Corte Europea de Derechos Humanos no genera un precedente que deba ser seguido por otros tribunales, es cierto que puede obrar por vía de principios para orientar la interpretación, alcance y aplicación de derechos procedentes de diversos tratados pero que tienen un contenido semejante.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina no es ajena en sus sentencias, sobre todo las más recientes, a tomar en consideración los pronunciamientos de la jurisprudencia comparada, sobre todo cuando se trata de tribunales de prestigio, máxime en un tema tan sensible como los derechos humanos. Esta es la principal utilidad que un recorrido por las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos puede tener.

Para clarificar la exposición, las sentencias han sido clasificadas en atención al incumplimiento alegado, sin perjuicio de que un mismo caso, origine el tratamiento de varias cuestiones vinculadas.

A) Incumplimiento del deber de restituir. Consolidación de situaciones por el transcurso del tiempo. Deber de celeridad.

*a) Caso Ignaccolo-Zenide (R.I.Z.) contra Rumania (25 de enero de 2000)*<sup>23</sup>

La sentencia que resolvió este caso data del 25 de enero de 2000 y constituye un antiguo precedente citado reiteradamente por la Corte al resolver casos análogos.

Una breve referencia obliga a decir que el caso involucraba a dos niñas, nacidas en 1981 y 1984, de un padre rumano y una madre francesa. En 1989 los padres se divorciaron en Francia y el juez francés homologó un acuerdo de los padres por el cual el padre conservaría la tenencia de las niñas y la madre tendría derechos de visitas. En 1990 el padre se mudó con las niñas a Estados Unidos imposibilitando de ese modo el ejercicio de los derechos de visita de que era titular la madre. Por este motivo, ésta última inició acciones en Francia tendientes a obtener la tenencia de las niñas, que en apelación, en mayo de 1991, le fue acordada, ordenándose que las mismas residieran con ella.

Unos meses después, el padre obtuvo la custodia de las niñas decretada por un tribunal de Texas. Posteriormente se mudó a California.

La madre inició varios procedimientos ante los tribunales de California, tendientes a que el padre le entregara a las niñas, sin resultado positivo, aunque consiguió que en agosto de 1993, la Corte Suprema del Estado reconociera la sentencia dictada por el tribunal francés que le otorgó la custodia y declarara la falta de jurisdicción del tribunal de Texas, para resolver sobre la materia.

En marzo de 1994 el padre se mudó con las niñas a Rumania. En noviembre de 1994 la Autoridad Central de Estados Unidos inició el procedimiento de restitución bajo la CLH80. Un mes después, la Autoridad Central francesa inició las acciones. En diciembre de 1994, un tribunal de Bucarest ordenó la restitución pero dicha orden no fue ejecutada.

Mientras el procedimiento restitutorio instituido conforme la CLH80 continuaba, el padre solicitó la custodia de las niñas ante un tribunal de Bucarest que, sobre la base del interés superior de las niñas, se la concedió en febrero de 1996.

El 29 de enero de 1997, luego de 7 años, la madre pudo ver a sus hijas, en una reunión en la escuela a que asistían y que duró tan solo 10 minutos. En dicha reunión las niñas, ya adolescentes, se opusieron a todo contacto y sobre la base de dicha negativa, el 31 de enero, la Autoridad Central rumana notificó a su par francesa de que no las restituiría.

La madre inició acciones contra Rumania ante la CEDH sobre la base de que la falta de adopción de medidas adecuadas para ejecutar las diversas ordenes judiciales que le atribuían la custodia, en especial la sentencia rumana de diciembre de 1994,

---

<sup>23</sup> Todos los casos que se citan en este artículo pueden consultarse en sus versiones en inglés o francés en el sitio web de la Corte Europea de Derechos Humanos, <http://www.hudoc.echr.coe.int>



constituían una violación del art. 8 del Convenio Europeo y le daba derechos a obtener una compensación.

La sentencia de la Corte, fue adoptada por una mayoría de 6 votos contra 1 y condenó a Rumania al encontrarla responsable de la violación del art. 8. Consecuentemente, le ordenó pagar a la madre una compensación de cien mil francos franceses por el dolor y sufrimiento que la falta de ejecución de las decisiones judiciales le impuso.

Los principales fundamentos del tribunal fueron que los Estados tienen la obligación, aunque no absoluta, de adoptar medidas para reunir a los padres con sus hijos. Para ello, los Estados deben considerar los derechos de los sujetos involucrados en conjunción con el interés superior del niño. En el caso, la Corte consideró que el art.8 debía leerse a la luz de la CLH80 para establecer si Rumania había adoptado todas las medidas que razonablemente podían esperarse que adoptara. El tribunal resaltó la importancia la celeridad en el trámite de las restituciones de niños, ya que el transcurso del tiempo puede dañar permanente y profundamente la relación de los hijos con el padre abandonado. En el caso puntual, la Corte meritó que entre la decisión de diciembre de 1994 que ordenaba la restitución y diciembre de 1995, solamente hubo 4 intentos de ejecutar la orden y que desde esa fecha y enero de 1997, no se realizó ningún intento, ni se adoptaron medidas contra el padre, pese a que la madre las solicitó. Que la reunión de enero de 1997 no estuvo debidamente preparada y conducida y que, en suma, el Estado rumano no adoptó todas las medidas adecuadas o apropiadas a su alcance para garantizar el derecho materno.

*b) Caso Sylvester contra Austria ( 24 de abril de 2003)<sup>24</sup>*

Los hechos de este caso refieren a una niña nacida en septiembre de 1994 y con residencia habitual en Michigan, Estados Unidos, hija de padre norteamericano y madre austríaca. En octubre de 1995, la madre sustrajo a la niña del hogar y la trasladó a Austria. Al día siguiente, el padre inició el pedido de restitución en Austria.

El 20 de diciembre de ese año un tribunal austríaco ordenó la restitución de la niña a Estados Unidos. Las sucesivas apelaciones presentadas por la madre fueron rechazadas.

El 27 de febrero de 1996 el padre solicitó la ejecución de la orden de restitución. El 8 de mayo el tribunal austríaco ordenó la ejecución de la sentencia disponiendo la adopción de medidas coercitivas ya que había indicios de que la madre obstruiría el retorno. La ejecución no pudo concretarse ya que la madre y la niña no se encontraban en su domicilio.

---

<sup>24</sup> El cambio de circunstancias vuelve a ser tratado en Monory contra Hungría y Rumania. Vid. Apartado 4.1.3

El 18 de junio el padre reiteró el pedido de ejecución. Una intervención posterior del tribunal de apelación consideró que debía considerarse si se había producido un cambio de situación desde el dictado de la orden restitutoria para lo cual ordenó al juez de primera instancia que solicitara la opinión de un experto en psicología infantil para determinar si la restitución podía producirle un daño físico o psíquico y si la adopción de medidas coercitivas para su retorno eran compatibles con su bienestar.

El 15 de octubre la Corte Suprema desestimó un recurso de apelación presentado por el padre y dejó sin efecto la orden de restitución, basada en el interés superior del niño, que prima sobre el carácter definitivo de la sentencia, cuando ha habido un cambio de circunstancias. Consecuentemente, ordenó remitir las actuaciones al tribunal de primera instancia para que determinara si existía grave riesgo en la restitución, considerando incluso la veracidad o falsedad de las alegaciones de alienación hechas por la madre en contra del padre.

El 29 de abril de 1997, se rechazó un nuevo pedido de ejecución de la orden restitutoria presentado por el padre y se resolvió que había habido un cambio de circunstancias desde el dictado de dicha orden ya que el lapso de tiempo transcurrido había afianzado los vínculos de la niña con su madre y familia materna en detrimento del vínculo con el padre que se había perdido, razón por la cual la restitución aparecía como configurativa de un grave riesgo para la integridad psíquica de la niña.

Pese a que el padre había obtenido en Estados Unidos una “orden de puerto seguro” (safe harbour), por la que la madre viviría con la niña hasta que se dictara una sentencia sobre la custodia definitiva en Estados Unidos y él se ocuparía de su manutención, retirándose los cargos penales en contra de la primera, el tribunal consideró que esto no aseguraba la permanencia del contacto con la madre a largo plazo y como tal relación era indispensable para su bienestar, se rechazó el pedido de ejecución. En apelación, la alzada compartió el mismo criterio.

El 29 de diciembre el tribunal le concedió a la madre la custodia exclusiva de la niña. No hubo en este caso violación al art. 16 del CLH80 porque la orden de restitución había sido dejada sin efecto.

Como salta a simple vista, este caso presenta algunas similitudes con el caso Ignaccolo-Zenide, ya que la pérdida de vínculos de los niños con el padre/madre no sustractor obedece al transcurso del tiempo y a la falta de adopción de medidas adecuadas para la ejecución de la orden restitutoria por parte de las autoridades estatales. En ambos casos los padres abandonados actuaron con premura, lo que no fue suficiente para lograr la restitución. La inacción estatal consolidó sustracciones indebidas.

La Corte Europea de Derechos Humanos decidió por unanimidad, el 24 de abril de 2003, que Austria había violado el art.8 del CEDH y consecuentemente fue condenada a pagarle al padre de la niña la suma de 20.000 euros en concepto de daños

no patrimoniales y 22.000 euros en concepto de costas procesales en que habría incurrido aquel para obtener la frustrada restitución de la niña.

El tribunal reiteró que la obligación de los Estados de adoptar medidas para reunir a los padres con sus hijos no es absoluta ya que en casos en que un niño ha vivido un largo tiempo con un padre la reunión con el otro puede que no sea inmediata y se requieran medidas preparatorias, teniendo en cuenta el interés del niño. Cuando el derecho de contacto con un padre aparezca amenazando el interés del niño o interfiera con otros de sus derechos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar un justo balance entre ellos.

Los Estados pueden ser demandados cuando no hayan adoptado las medidas que razonablemente podían esperarse de ellos. Para determinar si las medidas adoptadas son razonables o adecuadas, la Corte toma en cuenta la celeridad con que se implementan pues el paso del tiempo atenta contra las relaciones paterno-filiales.

La Corte admitió que un cambio de circunstancias puede justificar la decisión de no ejecutar una orden de restitución, pero para que ello sea conforme con el art. 8 se requiere que el cambio de los hechos relevantes no sea atribuible a la falta de accionar del Estado en orden a adoptar medidas razonables para facilitar la ejecución de la sentencia.

En el caso concreto, las decisiones del tribunal de apelación y de la Corte Suprema no se basaron en el cambio de circunstancias sino en el lapso de tiempo transcurrido desde el dictado de la sentencia restitutoria. No se explica cómo a la celeridad que caracterizó la adopción de la orden de restitución se sigue una constante dilación, sin que haya intentos posteriores de ejecución luego de mayo de 1996.

Para el tribunal no son defensas válidas los obstáculos procesales que impone el derecho local, ya que a cada Estado le compete removerlos de modo de lograr cumplir acabadamente con las obligaciones internacionales. Tampoco son excusas las omisiones en que pudo haber incurrido el padre para instar la ejecución ya que las omisiones de un solicitante no pueden absolver al Estado de sus obligaciones en materia de ejecución pues éste último ejerce la autoridad pública.

*c) Caso Maire contra Portugal (20 de junio de 2003)*

Este caso se refiere a un niño nacido en 1995 y con residencia habitual junto a sus padres en Francia. El padre, luego del divorcio obtuvo la tenencia provisoria del niño en tanto a la madre se le acordaron visitas.

El 3 de junio de 1997 la madre sustrajo al niño de la casa de su abuela paterna y lo llevó con ella a Portugal.

El padre radicó la denuncia por secuestro del niño y la madre fue condenada en rebeldía por un tribunal francés, a un año de prisión, librándose una orden de arresto en su contra.

El 5 de junio de 1997 el padre presentó la solicitud de restitución ante la Autoridad Central francesa en los términos de la CLH80 y el Convenio de Cooperación Judicial franco-portugués. Ese mismo día la Autoridad Central francesa transmitió la solicitud a su par portuguesa.

El 16 de julio de 1997 se iniciaron los procedimientos judiciales para lograr la restitución en Portugal. Se enviaron cartas certificadas con aviso de recibo al domicilio denunciado por el padre, notificando a la madre el inicio de las actuaciones y ordenándole comparecer al proceso. Las cartas fueron regresadas con los recibos sin firmar y sin que hubieran sido reclamadas. El 27 de agosto el juzgado solicitó a la policía el paradero de la madre. El 10 de septiembre y el 6 de octubre la policía y la guardia nacional informaron que la madre no vivía en el domicilio denunciado.

Posteriormente se iniciaron diligencias ante el servicio social para averiguar el domicilio de la madre y su lugar de trabajo sin resultados positivos.

Lo mismo ocurrió con los informes solicitados a la empresa de Energía Eléctrica de Portugal y Telecom de Portugal.

El 2 de julio de 1998 la madre informó al tribunal que había presentado una solicitud ante el tribunal de Distrito de Oeiras (Primera División Civil) para obtener una modificación del régimen de responsabilidad parental. El juez ordenó a un oficial que se apersonara en el domicilio declarado por la madre y la obligara a comparecer. Esta diligencia no tuvo éxito. El 2 de septiembre el tribunal volvió a solicitar información sobre el paradero de la madre a las autoridades del servicio social. El 28 de septiembre el tribunal decidió notificar al juzgado que entendía en el pedido de modificación de la responsabilidad parental, que se encontraba pendiente de resolución un pedido de restitución del niño.

El 15 de octubre de 1998 el padre inició las acciones legales ante la Comisión Europea de Derechos Humanos sobre la base de negligencia de parte de las autoridades portuguesas en la ejecución de la orden judicial que le acordara la custodia.

El 27 de noviembre la policía informó que el domicilio legal de la madre en los procesos judiciales era el de sus padres quienes declararon no conocer su domicilio actual.

Durante el resto del año 1998 y hasta abril de 1999 el juez ofició nuevamente a todas las oficinas y empresas para que informaran el domicilio de la madre sin resultados positivos.

El 17 de mayo de 1999 la madre solicitó que los procedimientos fueran discontinuados debido a que el niño se hallaba plenamente integrado en su nuevo entorno.

El juez denegó el pedido y ordenó que el niño fuera puesto a disposición de la Autoridad Central bajo apercibimiento de sancionar a la madre por desobediencia a una orden judicial.

El 14 de diciembre de 2001 la policía encontró a la madre y al niño. El juez ordenó que el niño fuera colocado en un centro dependiente del servicio social junto con su madre. El 21 de diciembre el niño fue entregado a su madre en cumplimiento de una decisión del tribunal de familia de Cascais. Hubo actuaciones posteriores y luego de una audiencia de 15 de mayo de 2002 el tribunal acordó derechos de visita al padre.

El 11 de julio de 2002 se decidió someter al niño a algunos exámenes cuyos resultados, así como el procedimiento, seguía pendiente al tiempo en que la Corte Europea dictó la decisión.

La Corte en su sentencia, comienza haciendo referencia a su decisión en el caso Ignaccolo-Zenide, recordando que el deber del Estado de reunir a los padres con sus hijos reconoce límites impuestos por ejemplo, por la necesidad de preparar el encuentro sobre todo si ha transcurrido mucho tiempo sin contacto, y destaca el papel de la cooperación y comprensión de todas las partes involucradas.

También recuerda que el art. 8 debe leerse a la luz de la CLH80 y la CDN y debe aplicarse de conformidad con los principios de derecho internacional, en particular aquellos relacionados con la protección internacional de los derechos fundamentales.

Hace igualmente referencia al deber de actuar con celeridad, y recuerda que una demora mayor a 6 semanas puede dar lugar al deber de explicarla de manera satisfactoria.

Para la Corte si bien las autoridades portuguesas actuaron con celeridad en un principio, resulta inexplicable la dificultad en dar con el paradero de la madre cuando ésta iniciaba acciones legales ante otro Juzgado del mismo tribunal e incluso cuando compareció en el expediente.

También es llamativo el que no se impusieran sanciones por los reiterados incumplimientos. Para la Corte, si bien es cierto que las medidas coercitivas sobre los niños no son deseables, el recurso a sanciones no puede soslayarse frente al comportamiento ilegal reiterado del padre que convive con el niño.

Aún en el caso de que el sistema legal doméstico no prevea este tipo de medidas, ello no justifica el accionar del Estado ya que a él incumbe el dotarse de los mecanismos apropiados para dar cumplimiento a sus obligaciones.

El considerable lapso de tiempo que transcurrió desde el inicio de las actuaciones ha menoscabado los derechos paternos, situándolo en una situación desfavorable sobre todo atendiendo a la corta edad del niño.

Consecuentemente se le acuerda una indemnización de 20.000 euros más los gastos procesales, a cargo del Estado portugués.

*d) Caso HN contra Polonia (13 de septiembre de 2005)*

En este caso, el grupo familiar tenía residencia habitual en Noruega. Del matrimonio nacieron tres hijos que la sentencia identifica como A, B y C. Por problemas conyugales, los padres se divorciaron en el año 1998, dándosele la tenencia al padre y un régimen de visitas a favor de la madre, siendo la responsabilidad parental compartida. La madre tenía prohibido efectuar visitas a los niños mientras estaban en la escuela y solo podía verlos un día a la semana y el segundo fin de semana del mes, previa notificación al padre por escrito con al menos 3 días de antelación.

Dos meses después de la orden judicial la madre sustrajo a los tres niños y los trasladó a Polonia.

Sin pérdida de tiempo, el padre inició el pedido de restitución conforme la CLH80. El proceso judicial en Polonia tardó muchísimo tiempo, no obstante lo cual, finalmente se ordenó la restitución.

Ante el incumplimiento voluntario se inició el procedimiento de ejecución de sentencia. El temor del padre de que la madre ocultare a los niños lo llevó a plantear diversos pedidos para la adopción de medidas preventivas, pero fueron desestimados. Cuando, finalmente, llegó el día fijado por el tribunal para retirar a los niños, aún con el auxilio de la fuerza pública, descubrieron que la madre se los había llevado, siendo su paradero desconocido.

El 31 de agosto de 2001 la Autoridad Central noruega informó a su par polaca detalles de la cuenta bancaria mediante la cual la madre cobraba su pensión en Varsovia. Asimismo, en varias oportunidades, requirió información sobre el estado del trámite. Recién el 9 de septiembre de 2002, la corte de Varsovia pidió informes a una escuela elemental de Varsovia y a fines de noviembre hizo lo propio con la oficina de educación local. En febrero de 2003 requirió informes a otras dos escuelas elementales donde B y C podrían estar asistiendo a clases.

Ese mismo día Interpol informó que la madre había efectuado una llamada telefónica a Noruega y una semana después, el Fiscal General informó a la corte que meses atrás la madre había sido detenida por falsedad de documentos y de identidad.

Desde el 12 de abril de 2001 hasta el 15 de abril de 2003, en que un oficial polaco se hizo cargo de B y C, estos permanecieron ocultos. A en cambio, durante una

visita a su abuela materna en Varsovia, ocurrida en julio de 2002, pudo ser detenida y restituida a Noruega.

La madre fue detenida en febrero por la policía, por uso de documentos falsos y adopción de falsa identidad para ella y B y C.

Este caso presenta similitudes con otros previamente comentados. Por una parte, con el caso Ignaccolo-Zenide, ya que el padre contaba con una orden de restitución que no fue ejecutada. Por otro lado, con el caso Maire pues la conducta de la madre tuvo gran incidencia en el incumplimiento y en último término en las dificultades para la restitución.

De todos modos, para la Corte el Estado es responsable en tanto sus dilaciones en el proceso y la falta de adopción de medidas adecuadas profundizó la separación del padre con sus hijos. Por ejemplo, siendo que el Estado contaba con valiosa información, como los datos provistos por la Autoridad Central noruega respecto de la cuenta bancaria de la madre, no se adoptaron medidas tendientes a dar con su paradero y a pesar de que el padre advirtiera que la madre podría ocultar a los niños y solicitara algunas medidas preventivas, estas fueron desestimadas.

*e) Caso Karadžić contra Croacia (15 de diciembre de 2005)*

La actora, de nacionalidad bosnia-herzegovina y con residencia habitual en Alemania es madre soltera de un hijo nacido en 1995. El padre del niño vivió con ellos en Alemania hasta 1999 fecha en que el abandonó el país debido a varios procesos penales pendientes en su contra, y se trasladó a Croacia.

La madre y el niño continuaron residiendo en Alemania aunque viajaron a visitarlo en varias oportunidades. En mayo de 2000, durante una visita, el padre retuvo al niño e impidió el regreso. La madre regresó a Croacia en varias oportunidades a visitarlo y finalmente, el 8 de septiembre de 2001 logró regresarlo a Alemania. Cabe aclarar que, según el derecho alemán, la madre tenía la custodia exclusiva del niño.

El 18 de septiembre 2001, el padre sustrajo al niño en plena calle y lo regresó a Croacia.

El 25 de abril de 2001, a pedido de la madre, el Amtsgericht Freudenstadt declaró que la retención del niño en Croacia por parte del padre era indebida, en los términos del art.3 de la CH80. Esta decisión fue apelada por el padre y confirmada.

El 25 de abril de 2001 la madre presentó su pedido de restitución ante la Autoridad Central Alemana quien contactó a la Autoridad Central Croata. Ante la negativa del padre a restituir voluntariamente al niño, se inició el procedimiento para la restitución ante los tribunales croatas.

El 6 de mayo de 2002 el tribunal croata ordenó la restitución del niño a Alemania. En apelación, el 12 de octubre de 2002, la Corte reenvió el caso a primera instancia para que se determinara con exactitud el tiempo transcurrido desde la comisión del ilícito, en los términos del art.12 y 13.

El 6 de mayo de 2003 un perito psicólogo testificó informando que no había peligro psíquico en el retorno del niño a Alemania. El 12 de mayo de 2003 el tribunal de primera instancia reiteró la orden de restitución. El padre apeló pero la apelación fue denegada.

El 29 de septiembre de 2003, el tribunal de primera instancia dictó una orden de ejecución. El padre ocultó al niño y se negó a indicar su paradero de modo que la ejecución del decisorio judicial no pudo llevarse a cabo.

A partir de aquí los sucesivos intentos de ejecución son frustrados. El tribunal impuso sanciones privativas de la libertad al padre en dos oportunidades, por incumplimiento de la decisión. Pero aún así, este se negó a entregar al niño.

Finalmente, el 12 de octubre de 2004 la policía localizó al niño y lo colocó bajo custodia. Alegando problemas de salud, se lo trasladó a un hospital desde el cual escapó.

El 26 de enero de 2005 la madre solicitó una suspensión del proceso por un mes, para ver si era posible un acuerdo con el padre. El 2 de febrero de 2005 tuvo lugar una audiencia tras la cual el tribunal declaró concluido el procedimiento de ejecución puesto que, según el abogado representante de la madre, el niño había sido restituido. La madre no apeló la decisión. Ante la CEDH manifestó que su representante dio información falsa, que ella no fue notificada de que la audiencia tendría lugar y que tampoco instruyó a su abogado para que dijera que se había reunido con el niño ya que la custodia nunca le fue devuelta y el niño, presuntamente, continúa viviendo con el padre en Croacia.

Presentado el reclamo por violación del art.8 del CEDH, la Corte estableció que solamente puede pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado por los hechos acaecidos antes del 2 de febrero de 2005 en tanto en cuanto no puede responsabilizarse al Estado por las declaraciones efectuadas por el representante designado por la peticionante, aún cuando sus manifestaciones no hayan expresado correctamente su voluntad. Máxime cuando pudo apelar y no lo hizo.

La Corte, en cambio, consideró que Croacia es responsable por la dilación en la instrucción de los procedimientos ya que, pese a haber recibido el pedido de la Autoridad alemana en mayo de 2001, recién 5 meses después inició las actuaciones. A su vez, el tribunal de apelaciones tardó 5 meses más en dictar sentencia, sin que se registre actividad procesal alguna en ese tiempo, que lo justifique. Reenviado el caso al tribunal de primera instancia, este tardó 7 meses en resolver, a pesar de que toda la actividad se circunscribió a una audiencia.



Respecto del proceso de ejecución de la orden judicial de restitución, en un período de un año y medio, la policía trató de ejecutar la orden solamente 3 veces, lo que atenta contra la obligación de imprimir celeridad al trámite que impone el art.11 de la CH80. Asimismo, en la visión de la Corte, faltó diligencia en la localización del niño y su padre y se actuó con laxitud al dejar que éste se escapara 2 veces.

Haciendo una remisión al caso Ignaccolo-Zenide, la Corte recordó que aún cuando no son recomendables las medidas coercitivas en cuestiones tan sensibles como la restitución de niños y niñas, el uso de sanciones no puede descartarse frente al comportamiento ilícito del progenitor que vive con el niño. Para la Corte, las sanciones que impuso Croacia al padre, y que consisten en una multa y una orden de arresto, son insuficientes ya que no fueron ejecutadas.

Finalmente, la Corte reiteró lo dicho en Ignaccolo-Zenide respecto de que la adecuación de las medidas que adopta el Estado en estos casos, debe juzgarse de acuerdo con la celeridad de su implementación ya que el paso del tiempo y el cambio de circunstancias que acarrea puede tener consecuencias irreparables en la relación entre padres e hijos.

En suma, se condenó al Estado Croata a pagar 10.000 euros en concepto de indemnización por el daño sufrido por la madre a consecuencia del largo período de tiempo transcurrido sin que se ejecutara la sentencia.

*f) Caso Bianchi contra Suiza ( 22 de junio de 2006)*

Este caso tiene por protagonista a un niño nacido en noviembre de 1999 y con residencia habitual en el hogar familiar en Italia.

Tras la separación de los padres en 2002, el niño fue indebidamente trasladado a Suiza por su madre. En septiembre de 2002 el padre solicitó la restitución. Como resultado, la Corte suprema Federal de Suiza la ordenó y en abril de 2003 la madre y el niño retornaron a Italia.

En diciembre de ese año, durante unas visitas, la madre nuevamente sustrajo al niño, trasladándolo a Suiza.

En enero de 2004 el padre inició acciones restitutorias ante los tribunales suizos. Asimismo, inició acciones penales contra la madre que fue condenada al pago de una multa de 191 euros.

El 21 de febrero, el padre presentó una petición ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

El 3 de mayo el tribunal suizo decidió no restituir al niño sobre la base de su oposición a regresar y de que el mismo tenía lazos más estrechos con la madre que con

el padre. Esta decisión fue dejada sin efecto por un tribunal de apelaciones que ordenó la restitución antes del 31 de julio.

El 30 de julio el abogado materno informó que la madre no entregaría al niño ni permitiría contacto alguno con el padre hasta que la Corte Suprema resolviera un nuevo recurso presentado.

El 2 de agosto el padre inició las acciones para ejecutar la orden de restitución del 12 de julio. El 15 de agosto la madre compareció ante un destacamento policial y manifestó que podría ser contactada a través de su abogado y que no estaba dispuesta a revelar el paradero del niño. La policía no la detuvo.

En septiembre se dictó una orden de captura contra la madre. El 15 de octubre la Corte Suprema rechazó el recurso planteado por la madre. Posteriores planteos presentados por ésta ante diversos tribunales fueron rechazados, sin embargo, al tiempo de resolverse el pedido presentado ante la Corte Europea, el paradero del niño continuaba siendo desconocido.

En este caso, la Corte falló de modo similar que en los casos anteriores, declarando la violación del art. 8 y el pago de una compensación al actor. Lo interesante radica en la interpretación del preámbulo del CLH80, el que a la luz del art.7 del citado convenio, y el listado no taxativo de deberes atribuidos al Estado constituyen, para la Corte, los propósitos y objetivos del tratado, de conformidad con el art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Para la Corte, resulta inadmisibles la pasividad con que actuó Suiza, ya que si bien es cierto que se realizaron actividades para dar con el paradero de la madre y el niño no se explica como, habiendo comparecido voluntariamente ante la policía y manifestado que no iba a dar a conocer el lugar en que ocultaba al niño, no fue detenida. También cuestionó la apertura de un nuevo proceso en febrero de 2004, ya que debió haber primado la decisión de abril de 2003 y el lapso de tiempo que tardó el proceso restitutorio.

#### B) Deber de actuar de oficio.

##### *Caso Iglesias Gil contra Reino de España (29 de abril de 2003)*

Un niño nacido en diciembre de 1995, cuya custodia fue judicialmente otorgada a la madre con derechos de visita a favor del padre, fue sustraído en febrero de 1997, durante una de las visitas, siendo trasladado a Estados Unidos.

La madre inició acciones penales contra el padre por secuestro de menores y solicitó al juez interviniente que adoptara diversas medidas, entre ellas, que interviniera el teléfono celular del padre, interrogara a diversos miembros de la familia paterna del niño y librara una orden internacional de búsqueda y captura del padre.

El juez no hizo lugar a ninguno de esos pedidos. Al final de la instrucción, en julio de 1998, el juez consideró que no había mérito y desechó los cargos contra el padre y otros miembros de su familia.

Entre tanto, la madre interpuso numerosas apelaciones llegando inclusive al Tribunal Constitucional, sin obtener respuesta a su reclamo.

El 12 de febrero de 1999 el Tribunal de Familia de Vigo le otorgó a la madre custodia exclusiva del hijo desaparecido.

El 22 de diciembre de 1999 la madre interpuso una demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos, contra el Reino de España sobre la base de falta de diligencia por parte de las autoridades judiciales españolas respecto de su caso.

Con posterioridad, el padre telefoneó a la madre y le impuso condiciones para la restitución del niño, amenazándola con que no volvería a verlo jamás. El 12 de junio de 2000 la madre denunció al padre por amenazas y coerción. Esta denuncia fue desestimada en primera instancia y en apelación. El 18 de abril de 2000 la madre vio al niño por primera vez desde la sustracción en febrero de 1997.

El 12 de mayo el padre compareció voluntariamente ante el juez de instrucción que, luego de interrogarlo, lo dejó en libertad. El 18 de junio de 2000 la madre recuperó al niño con asistencia policial cuando el padre regresaba a Vigo con él. La madre relató que durante un tiempo se vio forzada a vivir con su hijo en la clandestinidad, en refugios para mujeres.

El 14 de julio de 2000 el Tribunal de Familia otorgó al padre derechos de visita.

Este caso presenta algunas diferencias con los anteriores, ya que si bien la madre obtuvo la custodia exclusiva no intentó por sí misma su reconocimiento y ejecución en Estados Unidos, país al que había sido trasladado su hijo.

Por otra parte, el reclamo se basó en las supuestas omisiones por parte del sistema judicial del Estado de residencia habitual del niño para lograr su restitución.

La Corte Europea consideró que había que diferenciar los procesos. Respecto de la actuación del Tribunal de Familia que otorgó la custodia exclusiva a la madre sobre la base de los reiterados incumplimientos a las órdenes judiciales y la violación del derecho de visitas de que era autor el padre y que constituían atentados serios y graves al bienestar del niño, la Corte consideró que el tribunal nacional actuó de manera adecuada para proteger los derechos de la madre y del hijo.

Respecto del deber de España de dar cumplimiento a los tratados internacionales, entre ellos la CLH80, a la luz de las disposiciones constitucionales y legales internas, la Corte concluyó que había un deber de actuar por parte del Reino de España. Se consideró que las autoridades supieron casi inmediatamente el Estado en que

se encontraban el padre y el niño. Se trataba de un Estado Parte de la CLH80 y conforme tal convención era indiscutido que el traslado y retención eran indebidos. Los arts. 6 y 7 establecen los deberes y funciones de las Autoridades Centrales para obtener la restitución del niño. Además, la legislación interna del Estado faculta a sus autoridades judiciales, con el objeto de proteger a los niños, a adoptar medidas inclusive de oficio, de modo de prevenir todo daño y sustraer al niño de todo peligro.

Si los tribunales españoles sabían que el niño estaba en Estados Unidos, debieron tomar medidas para asegurar su restitución. Justamente, la negativa de las autoridades a librar una orden internacional de búsqueda y captura contra el padre, unido a todo lo anterior, determinó que para la Corte haya habido violación al art. 8.

C) Interpretación errónea de los términos de la CLH80. Alcance de los deberes del Estado.

*Caso Monory contra Hungría y Rumania (5 de abril de 2005)*

En el caso se trató de una retención indebida de una niña por su madre en su país de origen. Esta, incumplió su promesa de retorno al hogar prevista para el 30 de enero de 1999 y en su lugar, el 17 de enero de 1999, comunicó telefónicamente a su esposo que había iniciado acción de divorcio y custodia en Rumania y que no iba a volver. El 20 de enero, el padre inició el trámite de restitución a Hungría, Estado de residencia habitual del grupo familiar, en los términos de la CLH80.

Este pedido fue judicialmente rechazado por los tribunales rumanos por considerar que el padre no ejercía un derecho exclusivo de custodia y por ende la convención no era aplicable.

Las sucesivas apelaciones fueron denegadas y la Corte de Apelaciones decidió entre tanto, que la niña había quedado integrada en su nuevo entorno y por ende su interés superior era permanecer junto a su madre en Rumania.

En octubre de 2003 se dictó una decisión sobre la custodia que acordó la guarda a la madre y visitas a favor del padre.

Paralelamente, a los procesos restitutorios, el padre inició en 1999, procedimientos para obtener la custodia de la niña en Hungría. Luego de sucesivos pedidos y audiencias en octubre de 2003 se otorgó la custodia a la madre.

La Corte Europea en su sentencia, reiteró que el disfrute recíproco de la compañía de un padre y su hijo, constituye un elemento fundamental de la vida familiar y las medidas nacionales que atentan contra dicho disfrute constituyen una interferencia con los derechos protegidos por el art.8.

La Corte diferenció este caso de casos resueltos con anterioridad, como Ignaccolo-Zenide, Maire o Iglesias Gil ya que en estos últimos los actores estaban en posesión de órdenes de restitución que las autoridades estatales no ejecutaron.

Si en los casos anteriores el deber del Estado se fundó en la orden judicial, en el presente caso la obligación emerge del derecho húngaro aplicable y del art.3 de la CLH80.

La Corte consideró que la interpretación de éste último artículo, sostenida en todas las instancias por los tribunales rumanos, es contraria a su texto, al informe explicativo y a la práctica común reconocida, privando al art.3 y a gran parte del texto convencional de su efecto útil y socavando al art.8 de la CEDH. Por ello la cuestión va más allá de una simple cuestión de interpretación y aplicación del derecho local, dentro de la competencia exclusiva de las autoridades nacionales. Para la Corte, la interpretación de las garantías del CLH80 condujo a una violación del art.8.

Además, la prolongación inexplicable del proceso, que duró 12 meses, constituyó una violación del art.11 de la CLH80 y por ende conculcó el art.8

La aceptación del pedido por parte de la Autoridad Central rumana implica que ha de adoptar todas las medidas en orden a asegurar los objetivos del CLH80. Debió adoptar todo tipo de medidas, incluidas las extrajudiciales que podrían haber ayudado a prevenir daños a la niña y perjuicio a los intereses de las partes. La mera representación del padre ante las autoridades judiciales del Estado no satisface plenamente las obligaciones convencionales del Estado.

Agregó que en circunstancias excepcionales puede admitirse que un niño se encuentre integrado al medio y en consecuencia puede que su interés superior se satisfaga negando la restitución, aún cuando solo haya estado 9 meses en el Estado de relocalización. Esa posibilidad, sin embargo es inadmisiblesi se ha producido por acciones u omisiones del Estado y siendo que en el caso el proceso fue extremadamente largo, la Corte concluyó que el cambio en las circunstancias del niño ha estado considerablemente influido por la lenta reacción de las autoridades.

En consecuencia se condenó al Estado rumano al pago de 15.000 euros por daño no patrimonial, más 500 euros en concepto de costas y expensas. El Estado húngaro a su vez, debió pagar 3000 euros por daños no pecuniarios y 500 euros por gastos y expensas.

#### D) Derecho de visitas

##### *Caso Lafarge contra Rumania (13 de julio de 2006)*

Los hechos de este caso refieren a un niño nacido en mayo de 1995 de padre francés y madre rumana. Tras el divorcio, en 1997, se le otorgó la guarda a la madre.

En diciembre de 1999 un tribunal de Primera Instancia de Bucarest acordó derechos de visita a favor del padre, que se ejercerían durante una semana en vacaciones de invierno y dos semanas en vacaciones de verano. Pese a que la decisión adquirió firmeza, los reiterados intentos del padre por hacerla efectiva se mostraron infructuosos.

En 2002 el padre inició una petición de conformidad con el art.21 del CLH80 y, habiendo sido recibida por la Autoridad Central francesa ésta la retransmitió a su par rumana, en junio de 2002. Recién en agosto de 2004 ésta última inició el procedimiento tendiente a hacer efectivo el contacto. Luego de algunas vicisitudes, un tribunal rumano acordó, provisionalmente, a principios de 2005, que las visitas se ejercerían fines de semana alternados.

Durante todo el 2005 el padre intentó ejecutar esta orden sin éxito. Paralelamente, inició diversas acciones penales contra la madre, que fueron desestimadas, aunque en una ocasión se le impuso una multa de 160 euros.

Este caso es interesante porque, a diferencia de los anteriores, en los que se perseguía la restitución del niño sustraído al Estado de su residencia habitual, en el presente, el padre desea asegurar el contacto con su hijo, sin discutir la guarda acordada a la madre.

Si bien la Corte no profundizó en el alcance y contenido del art.21 del CLH80, condenó a Rumania a pagar 15.000 euros por daños no patrimoniales más las costas, ya que consideró que la demora de 6 años en que incurrió el Estado para permitirle al padre el contacto con su hijo había violado su derecho a la vida familiar, máxime cuando el Estado disponía de medios adecuados para permitir el reencuentro, lo que quedó demostrado con las reuniones que se siguieron luego de que Rumania fuera notificada del inicio de las actuaciones ante el tribunal europeo.

Por otra parte, resaltó nuevamente que el deber de actuar del Estado opera de oficio y la inacción del actor o los defectos en el planteo de los recursos jurídicos apropiados no exime al Estado del cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Para la Corte es significativo que la madre solo haya sido sancionada con una multa luego de 6 años de incumplimiento reiterado de las órdenes judiciales.

E) Deber de abstenerse de conocer sobre el fondo pendiente un pedido de restitución (art. 16 CLH80)

*Caso Iosub Caras contra Rumania (27 de julio de 2006)*

Este caso se refiere al pedido de restitución de una niña nacida en Israel en el 2001, de padres rumano-israelíes, con residencia habitual en Israel.

En septiembre de 2001, durante unas visitas a familiares en Rumania, la madre retuvo a la niña y se negó a regresar con ella. En enero de 2002 se inició el procedimiento restitutorio ante los tribunales de Rumania, que en primera instancia denegaron la restitución sobre la base de la excepción del art. 13.1.b) del CLH80. Apelada la decisión, la alzada ordenó restituir a la niña en diciembre de 2002.

Contra este pronunciamiento la madre interpuso un nuevo recurso que fue concedido y culminó con la decisión de junio de 2003 que negó la restitución debido a: a) que el 18 de septiembre de 2002, un tribunal rumano había decretado el divorcio y otorgado la custodia exclusiva de la niña a su madre, b) la corta edad de la niña y el grave peligro que constituía restituirla considerando que desde los 7 meses vivía en Rumania y c) que mediante testigos se consideró probada la intención del padre de mudarse a dicho país. Por ello, en definitiva, para el tribunal rumano la niña tenía residencia habitual en Rumania desde septiembre de 2001.

Como consecuencia de ello, el padre por derecho propio y en representación de su hija, inició una demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos que dio origen a la sentencia que se comenta.

En el caso la demanda se dirigió contra el Estado rumano que incumplió el CLH80 al decidir judicialmente un proceso por divorcio y custodia de una niña estando pendiente un pedido de restitución de la misma a Israel (art.16).

La Corte estableció que solo le correspondía pronunciarse en relación con éste argumento, ya que las demás cuestiones aducidas eran cuestiones de hecho cuya interpretación compete a los tribunales nacionales y no aparecían en el caso como arbitrarias.

En cuanto al dictado de una decisión sobre la custodia de la niña, la Corte observó que Rumania por ese acto privó a la CLH80 de su propósito de evitar que las autoridades del Estado de relocalización del niño decidan sobre cuestiones cuya competencia en principio se atribuye a los jueces del Estado de residencia habitual, puesto que era deber del Estado, en particular de la Autoridad Central, informar a los tribunales de la existencia del procedimiento restitutorio.

Luego de referirse a sus propios argumentos en el decisorio del caso Ignaccolo-Zenide, concluyó en que si bien es verdad que el padre no informó al tribunal rumano que entendía en el proceso de divorcio y custodia que estaba pendiente un pedido de restitución en los términos de la CLH80, no es una obligación legal que recaiga sobre él y que, por el contrario, había una expectativa razonable de que el Ministerio de Relaciones Exteriores de Rumania lo hiciera, tanto por virtud del art. 7 del CLH80 como porque el padre específicamente le había solicitado que adoptara todas las medidas necesarias para paralizar el proceso de divorcio y custodia.

Tampoco se respetó el deber de obrar diligentemente ya que tomó más de 18 meses resolver la denegación, sin que se dieran explicaciones razonables para tal

demora. Por ello se condenó al Estado al pago de 20.000 euros por daños no patrimoniales más las costas.

## **2. El planteo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

*Caso X y Z contra Argentina (10 de marzo de 2000)*<sup>25</sup>

En el ámbito interamericano, sólo se ha demandado a un Estado por violaciones relacionadas con la restitución internacional de niños en casos de sustracciones parentales indebidas, en el caso del acápite.

La peculiaridad del asunto viene dada porque la actora es la madre sustractora y su queja se vincula con la rapidez con que actuó el Estado argentino en cumplimiento de una decisión judicial restitutoria de una niña, cuya residencia habitual se localizaba en España y que había sido trasladada al país indebidamente, en los términos de la CLH80.

Durante el procedimiento incoado por el padre, los tribunales de primera instancia habían denegado la restitución pero en alzada, la Cámara dispuso lo contrario y ordenó la entrega de la niña a su padre para que regresara al Estado de su residencia habitual.

La orden se cumplimentó mediante intervención del asesor de menores, en las siguientes 24 hs. y la queja materna se centra en la prontitud con que se actuó y en el modo en que ello vulneró su acceso a la jurisdicción ya que la decisión no era firme pues existían recursos para atacarla. En consecuencia alegó violación de sus derechos a las garantías judiciales (artículo 8.1); a la protección a la familia (artículo 17), los derechos del niño (artículo 19) y el derecho a la protección judicial (artículo 25).

En lo que atañe al tema objeto de estudio en este trabajo, la Comisión describió a la CLH80 como fruto de la actividad interdisciplinaria del derecho Internacional Civil y el Derecho Internacional Procesal, que no sólo armoniza y unifica el derecho privado, sino también incide en las legislaciones adjetivas locales con miras a facilitar el auxilio judicial internacional y asegurar los derechos del hombre en el acceso a la jurisdicción.

Sin embargo, la Comisión no se pronunció sobre la interpretación o aplicación de la CLH80 sino que se limitó a analizar si la actuación de las autoridades judiciales se adecuó a la Convención Americana.

Para la Comisión, la ejecución inmediata de una sentencia puede ser considerada como una de las formas posibles de dar cabal cumplimiento a las obligaciones expresamente previstas en la Convención de La Haya ya que se evitan las dilaciones que implican los recursos para atacar la sentencia, sobre todo considerando que los sucesivos recursos interpuestos en el caso fueron desestimados por los tribunales

---

<sup>25</sup> Caso 11.676, Informe No. 71/00, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. en 582 (2000).



argentinos y la actora no alegó que la CLH80 fuera en sí misma incompatible con la Convención Americana.

Además, la actora pudo posteriormente, comparecer ante la justicia española para solicitar que se le acordara la custodia de su hija y era ésta la jurisdicción natural para fijar tales derechos en tanto la residencia habitual de la niña antes de la sustracción indebida se localizaba allí.

Esto dio por tierra con las alegaciones del daño al derecho del niño y a la vida familiar que le habrían producido a la madre y a la niña la restitución.

Por todas esas razones la Comisión estimó que aunque admisible en lo formal, en los aspectos sustanciales los hechos narrados no constituían violaciones a la Convención Interamericana.

## **VI. CONCLUSIÓN**

Las decisiones comentadas permiten conocer el alcance que los órganos internacionales encargados de velar por el respeto de los derechos fundamentales acuerdan al derecho a la vida familiar y al contacto parental, iluminados por el interés superior del niño, niña o adolescente y el papel que se acuerda a instrumentos específicos de derechos humanos que tratan parcialmente la protección de dichos derechos.

Sus textos son claros y pueden servir como criterios interpretativos para otros órganos jurisdiccionales y orientativos del accionar de los operadores implicados en los procesos restitutorios.

La jurisprudencia que se va consolidando ayuda a desarrollar un cuerpo orgánico de decisiones que aceleran la decantación que persigue INCADAT y permite fijar estándares internacionales de tratamiento.

A modo de síntesis puede señalarse que las obligaciones asumidas por los Estados y cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso acarrearán responsabilidad son:

El deber de celeridad, que impone que todas las etapas del proceso restitutorio se cumplan rápidamente, sin dilaciones injustificadas y respetando, en la medida de lo razonable, el plazo de 6 semanas que establece la CLH80. Este deber ha sido erigido en standard internacional de tratamiento exigible inclusive en supuestos en que el CLH80 no resulta aplicable.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Ver el asunto Bajrami contra Albania decidido por la CEDH el 12 de diciembre de 2006 en que se eleva al art. 11 CLH80 al nivel de Standard internacional de protección que es exigible aún por los Estados no signatarios del CLH80 para cumplir con el art.8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El deber de actuar de oficio que significa que los particulares pueden coadyuvar al Estado pero su inacción no debe afectar la adopción de todas aquellas medidas tendientes al logro de los propósitos y fines de las convenciones. En particular, el Estado no debe esperar que el peticionante impulse el proceso ni que solicite o requiera medidas que sus autoridades puedan adoptar. Tampoco recae sobre él el deber de informar de la existencia de un proceso restitutorio que obstaculice el pronunciamiento sobre la custodia (art.16 CLH80).

La falta de previsión de medidas apropiadas en el sistema legislativo local no sirve como causal exculpatoria y es un deber del Estado el dotarse de las herramientas jurídicas aptas para el mejor cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

La protección de la vida familiar y el derecho al contacto involucran la protección de las relaciones paterno filiales del padre que ostenta la custodia tanto como del titular de un derecho de visitas. El accionar del Estado ha de ser efectivo, adecuado y rápido en ambos casos.

Las excepciones a la restitución previstas en los tratados se justifican sólo cuando el Estado que las aplica no ha sido el artífice de las circunstancias extraordinarias a que refieren, sea por acción u omisión.

La adopción de medidas coactivas es admisible en tanto razonable y proporcionada, a la luz del interés superior del niño. Cuando se ejerce sobre el padre conviviente, se justifica como reacción frente al quebrantamiento persistente de las órdenes legales que le imponen el deber de cooperar en la restitución.

En la interpretación y aplicación del CLH80 tienen un papel destacado los propósitos enunciados en el preámbulo, el informe Pérez Vera y la práctica común de los Estados no siendo admisibles las interpretaciones que los contravengan, tal como se desprende de la doctrina del fallo Monory.

Esta afirmación es muy interesante para contrastar con otros casos en donde las interpretaciones de los tribunales nacionales se han apartado de las fuentes interpretativas citadas recurriendo a otras y con resultados de dudoso ajuste teleológico con la convención, como ocurrió en el caso Croll<sup>27</sup>.

Si bien las indemnizaciones que los Estados condenados debieron pagar no resultan excesivas para el presupuesto de un Estado (rondan entre los 15.000 y 20.000 euros), junto a su naturaleza resarcitoria podría encontrarse un aspecto admonitorio y de hecho permiten exponerlo ante la comunidad internacional como un incumplidor-violador del tratado.

---

<sup>27</sup> En este caso, el tribunal recurrió a los diccionarios *Webster* y *Black* para construir la calificación de “custodia”. Un comentario crítico puede verse en HERZ, M. “Violencia familiar en las convenciones sobre restitución internacional de menores”, E.D., 14.11.2006, apartado 3, p.2

El reiterado incumplimiento no solo puede tener repercusiones en el plano diplomático sino, lo que es mucho más grave, puede perjudicar a los progenitores residentes en el Estado infractor puesto que las autoridades de los otros Estados Parte del CLH80 pueden sentirse tentadas a no librar órdenes de restitución de niños a dicho país e inclusive esto puede imponerse como una política de Estado<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Esto estuvo a punto de ocurrir durante el 2000 en Estados Unidos a consecuencia de la negativa constante de Austria, Alemania y Suecia para restituir niños a dicho país. En concreto, el Congreso dictó una resolución exigiendo el pleno respeto a los términos de la convención y denunciando a los países mencionados y el gobierno inició investigaciones para determinar dichas irregularidades. Vid. al respecto JOHNSON, T.A. "The Hague Child Abduction Convention Diminishing Returns and Little to Celebrate for Americans" NYU Intl.L. & Pol. 33, p.125-178.